

A CARTA PATENTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

TEORI ALBINO ZAVASCKI *

Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Ao traçar os lineamentos básicos que nortearão o novo sistema financeiro nacional, a ser estruturado em lei complementar, a nova CF reservou cuidados especiais a um item: a autorização governamental para funcionamento das instituições financeiras.

Tal autorização, conhecida como 'carta patente', exigência de há muito consagrada na legislação ordinária, ganha, agora, portanto, foro constitucional, o que, diga-se logo, constitui rematado exagero.

São os seguintes os requisitos constitucionais para obtenção de autorização para funcionamento de instituição financeira: a) ser pessoa jurídica; b) com capacidade econômica compatível com o empreendimento; e c) com diretores tecnicamente capazes e de reputação ilibada.

Não há, nesse ponto, novidades maiores em relação ao que constava da legislação ordinária preexistente. O que se indaga, a partir da norma constitucional, é se, preenchidos os requisitos nela estabelecidos, terá o interessado *direito subjetivo* à carta patente, ou se, ao contrário, a lei complementar poderá ampliar o rol de exigências e requisitos, ou mesmo atribuir ao administrador público poderes discricionários para decidir sobre a conveniência e oportunidade de concedê-la. Em outras palavras: os requisitos constitucionais para obtenção de carta patente seriam requisitos mínimos ou requisitos únicos? Esta a questão primeira.

A norma constitucional sobre a matéria (§ 1º do art. 192) deve ser lida da seguinte maneira: 'A autorização (para funcionamento das



* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 8 de maio de 2003.
ZAVASCKI, Teori Albino. A carta patente à luz da constituição. **Ajuris**, v.16, n.47, p. 54-61, nov. 1989.

instituições financeiras)... será concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, à pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento'. Vê-se que, apesar do imperativo ('será concedida'), o constituinte remeteu à lei do sistema financeiro nacional a 'forma' de concessão. Vale dizer: a lei complementar poderá ampliar a disciplina da matéria, o que implica conhecer a possibilidade de surgimento de maiores limitações e condições para concessão da carta patente. Assim, pois, as condições da outorga serão, além das constitucionais, também as que forem estabelecidas em lei complementar. Entretanto, não haverá margem para atuação, nessa matéria, do poder discricionário do administrador, cujos atos, sem dúvida, deverão vincular-se aos expressos limites constitucionais e legais (...).

A Constituição, por outro lado, atribui direitos e restrições à pessoa jurídica titular de carta patente de instituição financeira.

São direitos: a) não ter ônus financeiro na obtenção da carta; b) sendo instituição bancária, oficial ou privada, o 'acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário'; c) a transmissão do controle acionário sem prejuízo da autorização concedida.

São restrições: a) impossibilidade de 'participação em atividades não previstas na autorização'; b) a inegociação e a intransmissibilidade da carta patente concedida.

A adequada compreensão da faculdade concedida à instituição bancária, de acesso irrestrito a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, exige duas definições: a de 'instituição bancária', e a de 'mercado financeiro bancário'. Não há, no Direito brasileiro ou no Direito Comparado, conceituação inequívoca e clara sobre o que seja 'banco' ou 'instituição

financeira'. Nosso Cód. Com. considera 'banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de banco' (art. 119), o que em nada contribui para precisar conceitos. Na doutrina, igualmente, campeia ampla discussão sobre a matéria, perseguindo-se a definição daqueles conceitos a partir da ciência econômica e das técnicas financeiras.

Caso a lei do sistema financeiro nacional não traga, como é provável que não trará, as necessárias definições, será a doutrina, outra vez, que deverá socorrer o exegeta constitucional. Já não bastará, por certo, a lição dos autores mais antigos, que, segundo Carlo Faleo, conceituava o banco! como, '... commerciante di denaro che prende denaro da chi ne ha disponibile e lo dá a chi ne ha bisogno, lucrando sulla differenza tra le condizioni a cui acquista e il denaro e quelle a cui lo impresta' (*in Il Sistema del Diritto della Banca*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 136). É que, mais modernamente, as atividades bancárias assumiram maior complexidade e os instrumentos do mercado financeiro maior diversidade, adequados todos às exigências da evolução. Assim, hoje, como reconhece o citado professor genovês, 'non si pua definire la banca una semplice commerciante di denaro, ma si deve definire un'impresa industriale di credito' (*op. cit.*, p. 129).

Caberá buscar-se, pois, um conceito moderno para essa 'indústria do crédito', adequado à realidade e à necessidade do nosso tempo. Será importante a delimitação das atividades próprias das instituições financeiras, de forma compatível ao cumprimento de suas funções econômicas e sociais, já que sobre elas recai importante restrição constitucional: é 'vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso'.

Desde logo se há de reconhecer que são 'atividades não previstas' no inc. I do art. 192 aquelas enumeradas no inc. II. Parece óbvia,

portanto, a proibição, imposta às instituições financeiras, de 'participação em atividades' ligadas a seguro, previdência e capitalização. Esta proibição abrange tanto a participação direta em tais atividades, quanto a participação indireta, realizada, por exemplo, por sociedade controlada. Não fosse assim, a proibição seria, na prática, ineficiente.

Que outras atividades, hoje realizadas por instituições financeiras, estariam excluídas da autorização de que trata o inc. I do art. 192?

A resposta há de ser buscada exatamente a partir da delimitação do próprio conceito daquelas instituições, bem assim da definição do que sejam os 'instrumentos do mercado financeiro'.

Assim, atividades como as de compra e venda de valores mobiliários e de ouro, as previstas no art. 257 da lei n. 6.404/76, as operações de *leasing*, a custódia de valores, a prestação de outros serviços, as atividades de informática e de serviços gráficos, hoje desenvolvidas, com naturalidade, por grupos financeiros, deverão passar por análise crítica à luz das novas regras e, sobretudo, não deverão merecer atenção e cuidado quando da edição da nova lei complementar do sistema financeiro. É que, por mais amplo que possa ser o rol das atividades de 'instituição financeira' doutrinariamente aceitáveis como integrantes do inc. I já citado, várias das que acima se enumerou não poderiam, a rigor, deles figurar, a não ser por expressa disposição de lei e outras - como a de informática e gráfica, por exemplo - dele certamente não figurarão, só podendo, por consequência, ser exercidas como atividade-meio, voltada unicamente às necessidades da própria instituição financeira e excluída a hipótese da prestação a terceiros (...).

É também, preceito constitucional que a carta patente será

'concedida sem ônus' e que 'será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular'.

Não era preciso a edição de norma constitucional para fixar tais características. Elas são inerentes à própria natureza jurídica da autorização de funcionamento, segundo princípios básicos do nosso Direito Administrativo e Comercial. Já em 1984 manifestamos tal posição (*apud* Revista Advogado, 3/32-33, de julho de 1984, publicada pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul).

A carta patente, com efeito, é ato administrativo típico e como tal insuscetível de valoração econômica ou alienação isolada. É um ato administrativo negocial, assim entendido como aquele que, não sendo contrato, persegue, entretanto, resultados de interesse recíproco da administração e do administrado a que se destina. Quanto aos efeitos, é ato administrativo constitutivo, na medida em que cria determinada situação jurídica em favor do administrado, conferindo-lhe um *status* que antes não detinha.

Quanto aos resultados, a carta patente é ato administrativo ampliativo, eis que permite ao destinatário adentrar-se em área de atuação jurídica que até então lhe era proibida.

A carta patente, portanto, não é um 'bem patrimonial', como pensam alguns, nem um 'bem fora do comércio', como pensam outros. É pura e simplesmente, um ato administrativo, e, como tal, sua inegociabilidade independeria de determinação constitucional.

Inobstante sua inegociabilidade e intransferibilidade, a carta patente não será revogada pelo só fato da 'transmissão de controle da pessoa jurídica titular'. Também este preceito constitucional nada acrescenta à legislação precedente. A propósito, no trabalho acima referido, ficou as-

objeto de alienação. Inobstante, não é contrário ao Direito considerar os efeitos do ato administrativo para apuração de 'mais valia' na transmissão do controle acionário. Veja-se.

A carta patente confere ao seu destinatário um novo *status*, alarga os limites de seu campo legal de atividades, torna-o diferente das demais pessoas jurídicas, qualificando-o, dando-lhe novo atributo. Presume-se que o destinatário fez jus, pela sua competência, pelas suas qualidades, ou pela sua estrutura, à outorga que lhe fez o Poder Público, razão a mais a demonstrar sua posição singular e privilegiada em relação a terceiros.

Ora, esse novo *status* jurídico tem repercussões que desbordam do campo exclusivamente de Direito Administrativo. Ninguém desconhece os efeitos no campo econômico, decorrentes da titularidade de uma carta patente para operar como instituição financeira. E tanto mais significativos serão estes efeitos, quanto maiores forem os requisitos e exigências legais para a obtenção da carta. Tal fenômeno nada mais significa que uma decorrência natural e lógica do nosso sistema constitucional de competição. E seria temeridade afirmar-se que o Direito pretenda, deva, ou possa controlá-los na prática.

Ninguém pode negar que ações de uma companhia passam a ter mais valor no momento que ela obtém autorização pública para, por exemplo, explorar a lavra de recursos minerais, ou fabricar determinado produto ou praticar determinada atividade. São conseqüências econômicas incontornáveis, naturais e inegáveis do ato administrativo, e que, nem por isso, o desnaturam ou tolhem o controle que sobre ele mantém o administrador.

Se ao Direito Administrativo não interessam, em princípio, as conseqüências econômicas dos atos a sua luz assim praticados, o mesmo

não se pode dizer em relação àquelas esferas de Direito cujo material de trato são os fatos e as relações econômicas.

Com efeito, não há fenômeno fático nem comportamento humano que não possa ser juridicamente qualificado. O sistema jurídico é um sistema pleno, bastante em si mesmo. Os atos, ou estão proibidos, ou estão ordenados pela norma, ou, por não estarem expressamente proibidos, nem expressamente ordenados, estão implicitamente permitidos. Ante qualquer realidade posta a sua frente, deve o Juiz sentenciar, não se eximindo de fazê-lo debaixo da alegação de lacuna ou obscuridade da lei (CPC, art. 126). O próprio sistema normativo fornece mecanismos de interpretação, de integração ou de colmatação de lacunas das normas (CPC, arts. 126, 127 e 335, lei de Introdução ao CC, art. 49).

Pois bem, se a obtenção de carta patente confere ao seu titular um novo *status*, uma nova qualidade, um atributo que antes não possuía e se isso tudo gera, nas relações econômicas, uma significativa 'mais valia', cabe, antes de negar tal realidade, dar-lhe a necessária qualificação jurídica.

Toda a empresa tem, em maior ou menor escala, atributos e qualidades que, em seu conjunto, concorrem para torná-la mais apta à consecução de seus fins. São, por exemplo, as condições pessoais do empresário, de seus auxiliares e de seus técnicos, a boa organização da empresa, a sua tradição, a correção em seus negócios. Esse conjunto de atributos e qualidades são elementos componentes do que, em doutrina, se chama aviamento.

J. X. Carvalho de Mendonça, citado por Waldemar Ferreira (Tratado de Direito Comercial, 79/219, Saraiva, 1962), define aviamento como 'a aptidão ou disposição do estabelecimento comercial ao fim a que se destina'. E acrescenta: 'O aviamento é o índice de prosperidade e da

potência do estabelecimento comercial, ao qual se acha visceralmente unido. Vivante o considera a expectativa de lucros futuros. Daí a conclusão que cumpre assinalar: a transferência do aviamento supõe a do estabelecimento e a aquisição do aviamento é indispensável para conferir ao adquirente do estabelecimento o título de continuador ou sucessor'.

Para Rubens Requião, 'aviamento é a atitude da empresa de produzir lucros, decorrente da qualidade e da melhor perfeição de sua organização' (Curso de Direito Comercial, Saraiva, 1971, p. 14).

Nessa linha de definição, conclui-se, sem esforço, que o aviamento não é um bem, nem corpóreo, nem incorpóreo. Sobre ele, no seu conjunto, ou sobre seus elementos formadores individualmente, não tem a empresa dominação jurídica.

'O que, em verdade, ele é, e só isso', afirma Waldemar Ferreira, 'é qualidade ou atributo do estabelecimento em função, decorrente do maior ou menor aperfeiçoamento de seus elementos constitutivos. Poder-se-ia até compará-la à auréola que circunda a cabeça dos santos e dos varões ilustres nas suas imagens ou pinturas' (*op. cit.*, p. 222).

Segundo Giuseppe Valeri, o aviamento é como fertilidade da terra: 'Esso é un qualche cose di simile alla fertilità di un fondo rustico, fertilità che, come tutti comprendono, é non un bene ma l'attributo di un bene' (Nuovo Digesto Italiano, 11/39).

Muito embora não seja um bem, e sim um atributo da empresa, o aviamento gera 'mais valia' a ser somada ao conjunto dos bens da sociedade. Como o aviamento é atributo indetachável de quem o detém, esta 'mais valia' se torna manifesta, em termos econômicos, quando da alienação da empresa em seu todo.

A propósito, diz Rubens Requião: 'Em face de todos' esses ensinamentos doutrinários assim colhidos, compreende-se que o aviamento como a clientela não podem ser objeto, isoladamente, de alienação. Valem enquanto a empresa e o estabelecimento, como organização viva e atuante, desenvolverem suas funções: no momento em que o estabelecimento cesse sua atividade, o aviamento desaparece e a sua clientela também. O valor contábil do aviamento, segundo o art. 2.427 do CC italiano, surge apenas quando é adquirido e pago pelo novo empresário, e como tal aparece como verba no balanço (o art. 2.427, alínea 5). O mesmo ocorre no Direito brasileiro, sob orientação da doutrina' (*op. cit.*, p. 144).

Do mesmo entender é Waldemar Ferreira: 'Quando se apresenta adquirente para o estabelecimento, em sua universidade, é quase certo que, para abrir mão dele, seu titular, pessoa natural ou pessoa jurídica, lhe atribua maior valor do que o ministrado em sua contabilidade. Entra, então, a valer o seu aviamento, que se cifra em cruzeiros. É valor de estimativa, diz-se, mas é valor real, resultante da lei econômica da oferta e da procura' (*op. cit.*, p. 223).

Entre os atributos e qualidades que formam o aviamento de uma instituição financeira, é indubitoso que neles se encontra o *status* de titular de uma carta patente, o qual, como já se disse, é decorrência natural e incontrolável do ato administrativo.

Em relação a esse *status* não tem a instituição qualquer dominação jurídica, pois que é do Poder Público o domínio sobre a carta patente que lhe dá suporte a único direito que sobre ele exerce o empresário é o direito de não ser dele despojado ilegalmente. Mas esse é, também, o único direito que ele pode exercer relativamente às outras parcelas do aviamento, como, por exemplo, a qualidade dos seus técnicos e a própria clientela. É o que ensina Rubens Requião, citando Salandra (*op. cit.*, p. 142).

Inobstante a reconhecida inegociabilidade e intransferibilidade das parcelas que compõem o aviamento, tem-se como ponto pacífico, em doutrina, a possibilidade de atribuição de valor ao aviamento como um todo, quando da alienação do controle acionário. O sistema jurídico empresta legitimidade a tal valoração. No Direito Comparado, há, até mesmo, disciplinação específica dos registros contábeis do evento (CC italiano, art. 2.427). Se o Direito não proíbe, é certo que o permite, dado que o siso tema jurídico, por ser pleno e bastante em si, não comporta situação fática imune ao seu contágio. E, quanto a isso, nada se altera com os novos preceitos constitucionais, continuando, pois, legítima a atribuição de valor ao aviamento da instituição (inclusive quanto à parcela representada pelo *status* de detentor da carta patente) quando houver alienação do seu controle. Aliás, continua em vigor o art. 255, § 1º, da Lei n. 6.404/76, que zela para que os acionistas minoritários tenham tratamento eqüitativo no rateio daquele valor.

O que repugna ao Direito e, agora, ao texto constitucional expresso é a alienação isolada da carta patente, pois que isso desfiguraria sua natureza de ato administrativo, cujos efeitos constitutivos geram reflexos positivos na constituição do aviamento. Não se pode alienar ato administrativo nem, individualmente, as qualidades e os atributos que formam o aviamento da sociedade.